



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13864.720102/2018-64
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-006.410 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de abril de 2023
Recorrente N. L. FINGER & CIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013, 2014

AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO POR PARTE DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO.

A manifestação do responsável solidário se caracteriza por meio de peça processual, separada ou conjunta com a da pessoa jurídica (PJ). Se o nome da pessoa física não foi inserido na impugnação, não se constitui defesa em favor da pessoa natural.

AUTO DE INFRAÇÃO. DISPOSITIVOS LEGAIS INCONSTITUCIONAIS. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. INCOMPETÊNCIA DO CARF. NÃO CONHECIMENTO.

Nos termos da Súmula 2 do CARF, bem como do art. 26-A do Dec. 70.235/72, o CARF não tem competência para efetuar controle de constitucionalidade. Assim, os argumentos que versem sobre tal matéria no Recurso Voluntário não devem ser conhecidos.

MULTA QUALIFICADA. INTUITO DE FRAUDE. CARACTERIZAÇÃO. MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO.

A qualificação da multa se justifica quando caracterizada uma das situações previstas no art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário, para, no mérito da parte conhecida, a ele negar provimento, mantendo a decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Evandro Correa Dias, Luciano Bernart, Alexandre Iabrudi

Catunda, Jandir Jose Dalle Lucca, Mauritania Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocado(a)), Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Acórdão DRJ, por meio do qual o referido Órgão julgou improcedente a Impugnação apresentada pela Contribuinte de forma a manter o crédito tributário lançado em desfavor do Impugnante.

I. Auto de Infração (AI), Impugnação e DRJ

2. Por economia e celeridade processual, transcreve-se o relatório do Acórdão da DRJ.

Trata-se de dois autos de infração lavrados contra a sociedade empresária N. L. Finger & Cia Ltda (CNPJ 05.507.768/0001-70) onde foram lançadas contribuições sociais previdenciárias da empresa, inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – RAT (fls. 230 a 243) e contribuições para outras entidades e fundos (fls. 209 a 229 - Salário Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), relativas às competências 01/2013 a 13/2013 e 01/2014 a 13/2014, acrescidas de multa de ofício de 150% e juros.

Os valores lançados referentes aos autos de infração de fls. 209 a 229 e 230 a 243, com juros calculados até 12/2018, correspondiam, respectivamente, aos montantes de R\$ 106.323,93 (cento e seis mil, trezentos e vinte e três reais e noventa e três centavos) e R\$ 385.470,60 (trezentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e setenta reais e sessenta centavos).

Da leitura conjunta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 184 a 206) e dos autos de infração, verifica-se que os referidos lançamentos decorreram da exclusão da Autuada do Simples Nacional, que foi efetuada a contar de 01/07/2007, por meio Termo de Exclusão do Simples Nacional n.º 109/2018, da Equipe Regional de Inclusão e Exclusão do Simples Nacional da 8ª Região Fiscal (processo administrativo n.º 13864.720073/2018-31).

A apuração das bases de cálculo, ou seja, das remunerações pagas, devidas ou creditadas, aos segurados empregados e aos segurados contribuintes individuais, foi feita, de acordo com a autoridade lançadora, com supedâneo nas GFIP's enviadas pela Autuada.

De acordo com a autoridade lançadora, não foi efetuada nenhuma dedução de valores recolhidos para o Simples Nacional, visto que a compensação de contribuições sociais previdenciárias com os mesmos é expressamente vedada na legislação tributária.

A multa de ofício, segundo a autoridade lançadora, foi lançada no percentual de 150% (multa qualificada), "*devido ao evidente intuito de fraude*".

A autoridade fiscal, por entender caracterizada a situação prevista no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, imputou ao Sr. Moacir Finger responsabilidade solidária pelos créditos lançados contra a Autuada.

Devido a configuração, em tese, de crime contra a Ordem Tributária (artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990), a autoridade lançadora emitiu representação fiscal para fins penais.

Devidamente intimada dos lançamentos em 13/12/2018 (fl. 253), a Autuada apresentou, em 14/01/2019, a impugnação de fls. 264 a 298.

Ressalta que o Sr. Moacir Finger jamais figurou no seu contrato social. Frisa que sempre foi administrada de forma autônoma e independente.

Alega que é absurda a atribuição de responsabilidade solidária ao Sr. Moacir Finger, pois "*jamais exerceu qualquer poder de gerência*".

Afirma que o fato do Sr. Moacir Finger ser proprietário de empresa que atua no mesmo ramo de atividade não têm o condão de caracterizar responsabilidade solidária.

Aduz que a autoridade fiscal se equivocou ao afirmar que o Sr. Moacir Finger utilizou uma "*extensa rede de interpostas pessoas a fim de ludibriar o fisco e se beneficiar de tratamento tributário diferenciado por meio do Simples Nacional*".

Diz que sempre foi administrada exclusivamente por Neusa Fortes Mega Gonzalez e que o Sr. Moacir Finger apenas "*colaborava na negociação com fornecedores, pois utiliza o mesmo nome fantasia em suas lojas*".

Assevera que é totalmente incabível a afirmação de que o Sr. Moacir Finger integrava de fato o seu quadro societário.

Alega que não restou comprovado que o Sr. Moacir Finger praticou infração de forma reiterada.

Aduz que "*é inconcebível que em um Estado Democrático de Direito, no qual o devido processo legal substancial, o contraditório, a ampla defesa e o direito de propriedade são constitucionalmente assegurados aos cidadãos, pessoas físicas sejam responsabilizadas pessoalmente com seu patrimônio diante dos débitos tributários das sociedades às quais integram*".

Ressalta que é "*evidente que as sociedades e as pessoas que a compõem e que a administram possuem personalidade jurídica distinta e independente*" e que só pode ocorrer a "*invasão do patrimônio da pessoa física em hipóteses restritas e excepcionais delimitadas na legislação vigente e devidamente comprovadas*".

Assevera que conforme expôs em manifestação de inconformidade, não existiu nenhuma razão para a sua exclusão do regime de tributação do Simples Nacional.

Afirma que deve ser totalmente cancelado o ato que a excluiu do Simples Nacional.

Ressalta que é "*empresa de natureza privada que atuando no comércio de Jóias, Relógios e Ótica, adquiri de várias empresas diversos produtos e serviços para a manutenção e exploração de seu negócio, sempre de maneira muito criteriosa e responsável, pautada sempre na idoneidade de suas atividades*".

Frisa que desde a sua constituição "*sempre esteve incluída no Simples Nacional e que exerce suas atividades, sem qualquer modificação nos requisitos de enquadramento legal*".

Diz que, "*dentro da mais perfeita lisura, sempre elaborou sua escrita fiscal de forma criteriosa, responsável e sempre pautada dentro dos mais rígidos critérios da legalidade*".

Alega que não participa de grupo econômico e que não foi constituída por interpostas pessoas.

Assevera que jamais integrou de fato um grupo econômico, pois sempre operou de forma independente das demais lojas indicadas pela autoridade fiscal.

Frise que "*o tratamento diferenciado (Simples) que propõe a Carta Magna, visa o crescimento econômico das atividades exercidas pelas microempresas e empresas de pequeno porte*".

Questiona quem seriam as interpostas pessoas no seu quadro societário.

Frise que, para a configuração do grupo econômico, deve ser demonstrada e comprovada a existência de uma unidade diretiva comum.

Ressalta que, de acordo com o Acórdão 2302-00512 da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, "*a simples comunhão societária ou a presença de sócios em comum em entidades distintas não são suficientes para configurar grupo econômico ou de fato*".

Aduz que a existência de grupo econômico de fato resta afastada "*diante da total inexistência de controle direto/indireto das empresas; ausência de transferências de mercadorias ou confusão financeira, além de escrituração contábil distintas; não uso de funcionários em comum*".

Frise que "*desde o início de suas atividades sempre atuou dentro dos limites legais de receita*".

Assevera que não se configurou nenhuma situação prevista na legislação como causa de exclusão do Simples Nacional.

Alega que a aplicação de multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, é absurda e injusta, pois tem como fundamento a imputação indevida de "prática delituosa".

Assevera que a multa de ofício aplicada fere os princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidade, da razoabilidade e da moralidade.

Aduz que não restou caracterizado, no presente caso, dolo ou culpa.

Afirma que "*para que seja aplicada a multa qualificada é imperioso que estejam presentes o evidente intuito de fraude*".

Cita ementas que diz serem de julgados do CARF no sentido de que só deve ser aplicada a multa de ofício qualificada quando devidamente comprovado que o contribuinte incorreu em alguma das hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Alega que não ocorreu a interposição de pessoa no seu quadro societário, pois o Sr. Moacir Finger "*jamais constou no contrato social ou exerceu poder de gerência*".

Assevera que a imputação de fraude é totalmente indevida, pois "*sempre preencheu todos os requisitos para o enquadramento do Simples Nacional*".

Requer, por fim, o afastamento do Sr. Moacir Finger da condição de sujeito passivo e o cancelamento integral dos lançamentos hostilizados. Sucessivamente, requer "*que seja integralmente afastada a aplicação de multa qualificada*".

Devidamente intimado dos lançamentos em 13/12/2018 (fl. 254), o Sr. Moacir Finger não apresentou impugnação.

3. A DRJ julgou pela IMPROCEDÊNCIA da Impugnação. Em suma, o Órgão julgador decidiu por conhecer apenas os argumentos que possuam relação com a pessoa jurídica, uma vez que o Sr. Moacir Finger, solidário, não apresentou impugnação. Constatou ainda a DRJ que os presentes Autos tratam sobre lançamentos em razão da exclusão da Interessada do Simples Nacional, sendo que a discussão sobre a exclusão deve ser feita em outro Processo.

4. Quanto à multa de ofício de 150%, a mesma se justifica, pois houve a interposição de pessoas na constituição da Autuada, sendo criado um arcabouço formal pelo Sr.

Moacir Finger para camuflar o vínculo de controle que mantinha com a pessoa jurídica. Indicam os julgadores quais seriam as constatações que os levou a tal conclusão. Sobre as alegações de inconstitucionalidade, os órgãos administrativos não têm competência para realizar tal análise.

II. Recurso Voluntário

5. Em face da decisão da DRJ, a Contribuinte e o Sr. Moacir Finger interpuseram Recurso Voluntário, por meio do qual, em suma, alegaram o seguinte: **a)** foi indevida a inclusão do responsável tributário. Ademais foi exercido o direito de defesa. Percebe-se ainda que o presente Auto de Infração se encontra alocado exclusivamente alocado no espaço ECAC da pessoa jurídica, sendo que não há referência ou possibilidade para apresentar impugnação específica. Assim, o direito de defesa foi exercido pela Contribuinte, tendo em vista o acesso eletrônico ao processo. O Sr. Moacir Finger não configura no contrato social da empresa. Deve ser levada em conta distinção entre pessoa física e jurídica. Não houve comprovação de se tratar de sócio de fato; **b)** não deveria haver exclusão da Contribuinte do Simples Nacional. Sempre demonstrou escrita fiscal na forma da lei. Caberia ao Fisco em quais movimentações bancárias que não foram efetuadas as verificações. Não houve formação de grupo econômico. A forma genérica como foi relatada na Representação Fiscal impossibilitou da Contribuinte pormenorizar sua defesa. A fundamentação da exclusão aponta controvérsias, bem como indicação genérica da infração. A utilização de informações do site são frágeis e não servem para comprovação de grupo econômico. A “denúncia” recebida pela Polícia Civil foi recebida como prova e não indício. Não há demonstração de confusão patrimonial; **c)** não é possível haver a retroatividade da exclusão. A formação de algumas empresas é posterior e assim impossível de configurar grupo econômico a partir da origem. A imputação da ocorrência somente se torna possível a partir de 2013; **d)** indevida a manutenção da aplicação de multa qualificada. Dolo não pode ser presumido. A multa deve ser proporcional e não pode ser confiscatória, como é o caso. Indica doutrina e jurisprudência em seu favor. A capacidade contributiva deve ser observada. Sendo afastado o grupo econômico, derruba por completo a aplicação da multa qualificada. O argumento de interposição de pessoas não se sustenta para qualificação da multa, nem para a caracterização de fraude. Ao final, requer o provimento ao Recurso para que seja reformada a decisão recorrida. Requer ainda que todas as notificações e correspondências sejam enviadas ao endereço do patrono.

6. Não foram apresentadas contrarrazões pela Fazenda Nacional.

III. Apenso

7. Em apenso aos presentes Autos estão os que tratam de representação fiscal para fins penais, não contendo questionamento dirigido ao CARF.

8. É o relatório.

Voto

Conselheiro Luciano Bernart, Relator.

IV. Tempestividade e admissibilidade

9. De acordo com a documentação nos Autos, constata-se que o Sr. Moacir Finger foi intimado no dia **10/02/20** (fl. **337**) e a Contribuinte na data de **11/02/20** (fl. **338**). O Recurso, de ambos os interessados, foi protocolado em **11/03/20** (fl. **340**), assim, tempestivo a peça recursal.

10. Quanto ao conhecimento do Recurso, esse demanda análise pormenorizada.

11. A Contribuinte, pessoa jurídica, apresentou duas defesas iniciais nos presentes Autos. Manifestação de Inconformidade, às fls. **155-181**, contra sua exclusão do Simples Nacional e Impugnação, essa em face dos Autos de Infração lavrados em razão da referida exclusão. O Recurso Voluntário, interposto pela Interessada (N.L. Finger & Cia Ltda) e pelo sócio solidário (Moacir Finger), questiona a exclusão, a solidariedade, bem como os lançamentos.

12. Inicialmente, deve-se ressaltar que o presente Processo tem como objeto apenas os lançamentos decorrentes da exclusão da Contribuinte do Simples Nacional, sendo que a exclusão é objeto de outro processo, o de n.º **13864.720073/2018-31**. Ainda que a exclusão também esteja sob análise do Relator que subscreve, não cabe examiná-la duas vezes. Dessa maneira, não há se julgar a Manifestação de Inconformidade apresentada pela Contribuinte. No mesmo sentido foi a decisão da DRJ (fl. **317**), cujo texto é colacionado abaixo.

A análise das alegações apresentadas contra a exclusão da Autuada do Simples Nacional, portanto, é incabível nos presentes autos, já que tais alegações, além de tratarem de matérias que devem ser analisadas no processo que se refere a manifestação de inconformidade (impugnação) apresentada contra o referido ato de exclusão (processo administrativo fiscal n.º 13864.720073/2018-31), também foram suscitadas nesta (manifestação de inconformidade), conforme se depreende da leitura da via da manifestação de inconformidade que consta às fls. 155 a 181.

13. Que fique registrado ainda que a Manifestação de Inconformidade apresentada nesses Autos é idêntica, contendo os mesmos argumentos, sendo todos eles abordados no Processo de final **2018-31**. Assim, não se conhece dos argumentos relativos à exclusão da Contribuinte do Simples Nacional.

14. Outra questão relativa à admissibilidade do Recurso é que apenas a Contribuinte, pessoa jurídica, apresentou Impugnação, o que se comprova à fl. **264**.

Processo n.º 13864.720101/2018-10

N L FINGER & CIA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ (MF) sob o n.º 08.507.768/0001-70, com endereço na Avenida Charles Shneder 1700, Loja 101, Parque Senhor do Bonfim, Taubaté - SP, inconformada com a aplicação do auto de infração que constituiu crédito tributário, decorrente de exclusão da contribuinte do regime SIMPLES, processo em epígrafe, vem, através de seu advogado ao final subscrito, no prazo legal, com amparo no Art. 5º do Decreto 70.235, de 06 de Março de 1972, apresentar sua

IMPUGNAÇÃO AO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO
(IRPJ, PIS/PASEP, CSLL e COFINS)

referente ao processo em epígrafe, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

15. Isso significa que o Sr. Moacir Finger não apresentou defesa nesses Autos. Em não apresentando defesa, a pessoa jurídica não pode apresentar argumentos que refutem situações próprias da pessoa física. Tal situação também foi constatada pela DRJ (fl. **317**)

Da análise dos autos, verifica-se que o Sr. Moacir Finger não apresentou impugnação contra a imputação de responsabilidade solidária pelos créditos lançados contra a Autuada.

Tal imputação, portanto, deve ser considerada definitiva na esfera administrativa.

16. No Recurso, o Sr. Moacir levanta questionamento a respeito do acesso da pessoa física ao ECAC da pessoa jurídica, o que permitiria que ambas as defesas fossem feitas pela pessoa jurídica (fl. **346**).

Percebe-se, que o presente auto de infração se encontra alocado exclusivamente no espaço (ECAC) da pessoa jurídica, sendo que o espaço destinado a pessoa física do Sr. Moacir Finger, não se encontra qualquer referência ou possibilidade de apresentar impugnação específica.

Assim, é de clareza solar que o pleno exercício de defesa deve ser cumprido através da Contribuinte principal, pois somente a este é franqueada acesso eletrônico ao processo.

17. Não procede tal argumento. A manifestação do responsável solidário se caracteriza por meio de peça processual, separada ou conjunta com a da pessoa jurídica (PJ). Se o nome da pessoa física não foi inserido nas peças processuais, mesmo que houvesse procuração nos autos em favor da PJ, não se constitui defesa em favor da pessoa natural.

18. A Contribuinte suscita também a falta de proporcionalidade e de observância da capacidade contributiva na aplicação da multa, o que caracterizaria o confisco. Cumpre enfatizar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. O fundamento para tal afirmação é a Súmula n.º 2 do próprio Conselho. Já o art. 26-A

do Dec. 70.235/72 veda que os órgãos de julgamento no âmbito processual administrativo fiscal afastem a aplicação de lei. Dessa forma não cabe a essa Turma a análise requerida

19. Tendo em vista as situações aqui vislumbradas, não devem ser conhecidas as alegações que refutam a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional, as que são inerentes à pessoa física do Sr. Moacir Finger, nem as que dizem respeito ao controle de constitucionalidade. A parte recursal que trata dos lançamentos referentes à Pessoa Jurídica é conhecida, passando-se ao seu julgamento.

V. Manutenção da aplicação da multa

20. A Contribuinte alega que é indevida a manutenção da aplicação de multa qualificada. Afirma que o dolo não pode ser presumido e que o argumento de interposição de pessoas não se sustenta para qualificação da multa, nem para a caracterização de fraude.

21. Não procede a argumentação da Recorrente. É possível constatar que houve utilização de interposição de pessoas por meio do Sr. Moacir Finger, o que justifica a qualificação da multa.

22. Em análise à Representação Fiscal (fls. **128-147**) e ao TVF (fls. **184-206**), observa-se que além do site em comum com outras pessoas jurídicas que têm relação com os fatos aqui narrados, a Autoridade se baseou na documentação de criação das sociedades, na documentação constante em cartórios, que foi registrada com o fim de atribuir poderes ao Sr. Moacir Finger, na escrituração contábil e outras. Com base nessa documentação, constatou-se que a direção financeira e administrativa era feita pelo Sr. Moacir, sendo que os sócios eram a sua cunhada, que substituiu o seu sogro, e sua filha. Até aqui, não há caracterização apenas por esses fatos – ser administrador e possuir relação parental com os sócios. Ocorre que a mesma situação se passa em doze empresas investigadas pela Autoridade fiscal (fl. **132**).

Empresa	CNPJ	Nome
1	02.072.737/0001-45	GOLD FINGER JOALHEIROS DE TAUBATE LTDA - EPP
2	02.117.395/0001-32	MOACIR FINGER JOALHEIROS LTDA – ME
3	02.870.486/0001-44	SILVIA H. DOS SANTOS JOALHERIA LTDA – EPP
4	04.170.521/0001-48	GOLD FINGER TAUBATE SHOPPING LTDA – EPP
5	05.507.768/0001-70	N. L. FINGER & CIA LTDA – EPP
6	06.246.678/0001-35	A. F. V. DOS SANTOS & MENDONCA LTDA - ME
7	08.477.973/0001-28	GOLD XV DE NOVENBRO JOALHERIA LTDA - EPP
8	09.485.753/0001-09	M. FINGER JOALHEIROS LTDA – ME
9	13.952.610/0001-37	PORTO & ANDRADE JOALHEIROS LTDA – ME
10	15.634.650/0001-66	GOLD BRAGANCA JOALHEIROS LTDA – ME
11	17.035.739/0001-31	FINGER & HOHMANN LTDA – ME
12	17.172.037/0001-08	MARIOTTO & FUGIKAWA LTDA – ME

23. Em todas essas empresas se observa praticamente a mesma forma de operar. Os sócios ou são parentes ou são funcionários de uma das empresas em que o Sr. Moacir Finger é administrador. Ele é responsável pelas finanças, sendo que em todas elas a estrutura de partes do negócio é idêntica. Mesmo contador e mesmo site. Como bem mencionado na decisão da DRJ, as provas constantes no processo, submetidas à análise individual não caracterizam

infração, mas quando examinadas em conjunto levam à conclusão de que houve a interposição de pessoas.

24. Com base nessa situação, não é possível conceber que tanto os sócios ajam com independência e autonomia, como as sociedades, uma vez que todas elas estão submetidas à administração financeira e administrativa do Sr. Moacir.

25. A autorização legal dos sócios exercerem atos de comércio não descaracteriza a submissão de todas as sociedades ao Sr. Moacir. Em verdade elas são parte da caracterização da interposição de pessoas. Com a presença delas e a comprovação de que o Sr. Moacir controla todas as sociedades é que há a interposição de pessoas. Todos esses fatos confirmam que houve fraude, requisito para a qualificação da multa, afastando ainda qualquer presunção de dolo, porque ele é patente.

VI. Conclusão

26. Diante do exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente o Recurso Voluntário, para, no mérito da parte conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO, de forma a manter a decisão da DRJ pelos fundamentos acima.

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart